EXAME PRÉVIO DE EDITAL
RELATOR SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO JOSUÉ ROMERO
TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03-09-14 – ESTADUAL

==
Processo: TC- 002888.989.14-2
Representante: RPC – Rede Ponto Certo Tecnologia e Serviços Ltda
Representada: Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM
Assunto: Exame prévio do edital da concorrência pública nº 8048145011, do tipo maior oferta, que tem por objeto a *"concessão de uso, mediante remuneração e encargos para implantação, administração, operação e manutenção de espaços nas estações da CPTM, visando a exploração comercial de terminais de recarga automática de vale transporte e de consulta de saldo do sistema de bilhetagem eletrônica do Bilhete Único."*
Responsável: Mário Manuel Seabra Rodrigues Bandeira (Diretor Presidente)
Subscritores do edital: Milton Frasson (Diretor Administrativo e Financeiro) e Silvestre Eduardo Rocha Ribeiro (Diretor de Planejamento e Projetos)
Advogados no e-TCESP: Rogério Felippe da Silva (OAB/SP nº 73.834) e Caio Augusto de Moraes Forjaz (OAB/SP nº 182.311)

==

RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **exame prévio do edital** da concorrência pública nº 8048145011, do tipo maior oferta, deflagrada pela **COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM**, cujo objeto é a *"concessão de uso, mediante remuneração e encargos para implantação, administração, operação e manutenção de espaços nas estações da CPTM, visando a exploração comercial de terminais de recarga automática de vale transporte e de consulta de saldo do sistema de bilhetagem eletrônica do Bilhete Único".*

1.2 Insurgiu-se a **Representante** contra as seguintes disposições editalícias que, a seu ver, comprometeriam a legalidade do procedimento licitatório:

a) Inexistência de orçamento estimado e planilha de composição de custos, em afronta ao artigo 7º, § 2º e art. 40, § 2º, da Lei nº 8.666/93;

b) Ausência de previsão de prazo para a amortização dos investimentos, bem como do pagamento de indenizações no caso de reversão dos bens à Administração;

c) Falta de previsão de comprovação de regularidade dos tributos imobiliários relativos à Fazenda municipal, em desacordo com o art. 29, III, da Lei n. 8.666/93;

d) Ausência de exigência de qualificação técnica, que é devida por força do artigo 30, II, da Lei nº 8.666/93, notadamente o credenciamento na SPTrans;

e) Carência de informações para elaboração das propostas e execução dos serviços, frustrando o caráter competitivo do certame;

e.1) A despeito de o item 7.6.1, "a", fixar a remuneração mensal mínima, não há demonstrativo de cálculo, tabelas, ou mesmo orçamento estimado que evidenciem os parâmetros utilizados, uma vez que "*as empresas que atuam ou já atuaram anteriormente explorando concessão de espaços junto a CPTM, conhecem os números em questão, tendo sobre as demais, uma vantagem competitiva ilegal";*

f) O item 12.1.1[1], ao dispor que somente serão abertos os envelopes contendo os documentos de habilitação dos licitantes cujas propostas foram classificadas nos três primeiros lugares, traz inovação irregular, pois "*não há fundamento legal para que as demais empresas, ainda que não classificadas entre os três melhores preços apresentados, sejam automaticamente desclassificadas e não passem para fase seguinte";*

g) O item 8.3.1.1[2], traz exigência imprópria de prazo mínimo nos atestados de comprovação de capacidade técnica operacional.

---

[1] *"12.1.1 O envelope "B" (DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO) dos PROPONENTES cujas propostas foram classificadas nos três primeiros lugares será aberto, depois de decorrido o prazo legal de recurso quanto ao julgamento das propostas ou, ainda, após o julgamento de eventuais recursos interpostos, em sessão pública que se realizará em data a ser fixada e divulgada aos interessados por meio de publicação no Quadro de Avisos da CPTM e no Diário Oficial do Estado de São Paulo."*

[2] "8.3 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA
(...)

1.3 Ante a existência de indícios de restrição indevida à competitividade, a suspensão do certame foi decretada por este E. Plenário.

1.4 Notificada, a Administração defendeu que seu objetivo foi o de ampliar a competitividade do certame, adotando as precauções possíveis, de modo a contratar nova empresa sem que houvesse solução de continuidade para os usuários.

Argumentou que, em virtude do objeto do ajuste, não são necessários o orçamento e a planilha de custos. Esclareceu, ainda, que a Companhia irá disponibilizar ao futuro concessionário os espaços e toda a infraestrutura necessária para a instalação dos equipamentos, não havendo investimentos a serem realizados por parte da contratada.

Pretextou que, desta forma, os custos seriam ínfimos, não sendo o caso de amortização ou indenização, nem sequer de benfeitorias possíveis de serem feitas.

Aduziu que o edital previu que a licitante deve incluir em sua proposta os custos pertinentes à instalação, conservação e segurança dos locais e equipamentos, sendo certo que a melhor proposta dependerá somente da capacidade empresarial da licitante.

Anotou, também, que não se empregaria o regramento contido na Lei federal nº 8.987/94, porque o regime jurídico aplicável à espécie é distinto e independente das concessões e permissões de serviços ou obras públicas.

Já em relação à formulação da proposta, alegou que o edital contempla todas as informações necessárias, delimitando inclusive o número de equipamentos por estação, remuneração mínima mensal, bem como dele constou a justificativa determinante do valor de referência.

Afirmou que a venda e recarga de créditos eletrônicos de Bilhete Único é regulamentado por procedimento próprio da SPTrans, por meio do Regulamento nº 03/2013.

No que tange à comparação dos preços praticados, arrazoou que o percentual de diferença citado não é verdadeiro, eis que o contrato

---

8.3.1.1 Para fins de comprovação das características e prazos a que se refere este subitem, o(s) atestado(s) deverá(ao) comprovar, por um período mínimo de 12 (doze) meses, a exploração comercial no ramo compatível ao objeto da presente licitação.”

anterior teria sido de R$ 4.945.762,08 e o valor mínimo a ser ofertado na presente licitação é de R$ 3.519.048,96.

Ponderou que foi exigida regularidade fiscal com os tributos pertinentes à natureza do objeto licitado.

Afastou a necessidade de credenciamento na SPTrans aduzida na inicial, porque tal imposição já foi censurada em outras oportunidades por este Tribunal, o que levou a CPTM a excluí-la deste edital.

Acerca do item 12.1.1, que dispôs que os envelopes de habilitação dos licitantes, não classificados nos três primeiros lugares, não seriam abertos, aduziu decorrer da inversão de fases de julgamento, introduzida pela Lei estadual nº 13.121/08.

Mencionou que o edital estabeleceu a necessidade de comprovação de qualificação técnica operacional, com base no artigo 30, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93, e não a profissional a que se refere o § 1º do mesmo dispositivo legal. Acrescentou que a Súmula deste Tribunal, embora estipule um percentual máximo para a demonstração da capacidade técnica da empresa, não obriga a presença de quantitativos, nem veda a compatibilidade dos prazos requeridos.

1.5 A **Assessoria Técnica** pronunciou-se pela procedência parcial das impugnações, destacando ser necessária a disponibilização das bases de cálculos utilizadas para a reutilização das instalações já existentes, dando atendimento ao artigo 7º, § 2º, inciso II e artigo 40, § 2º, inciso II da Lei federal nº 8.666/93.

1.6 A **Procuradoria da Fazenda do Estado** considerou as impugnações parcialmente procedentes.

Ponderou que *"não foi esclarecido, e nem se encontra no edital em apreço, estimativa acerca do número de vales vendidos nos pontos objeto da concessão de uso em apreço, que possibilite a avaliação do negócio pelas licitantes, em especial da receita potencial, que influirá diretamente na formulação da proposta"*.

1.7 O **Ministério Público de Contas**, por sua vez, considerou procedentes as questões atinentes à ausência de orçamento estimado e planilha de composição de custos, bem como da falta de previsão das hipóteses de amortização e indenização.

Reputou necessário, ainda, a revisão do item 8.3.1, que estabeleceu a comprovação da prestação de serviço compatível por prazo de 12 (doze) meses, afrontando o disposto na Súmula nº 24 desta Corte.

1.8 A **Secretaria-Diretoria Geral** considerou parcialmente procedente os aspectos suscitados nos autos.

Afastou as críticas concernentes à inexistência de previsão de tempo necessário à amortização ou indenização em razão da reversão de bens; à regularidade tributária; às exigências de qualificação técnica e à inversão de fases.

Considerou improcedente, ainda, o questionamento acerca da ausência de orçamento com composição unitária, na medida em que o certame envolve contrato de receita, acrescentando que, a seu ver, todas as informações necessárias à formulação das propostas foram devidamente disponibilizadas às eventuais interessadas do respectivo ramo empresarial.

Todavia, anotou ser oportuno que a *"CPTM faça constar do edital, além do quadro 'justificativa determinante/valor de referência', contido no documento inserido no evento nº 27.4, as informações atinentes à ocorrência e valor de referência adotado".*

É o relatório.

VOTO

2.1 A Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM pretende efetivar a "*concessão de uso, mediante remuneração e encargos para implantação, administração, operação e manutenção de espaços nas estações da CPTM, visando à exploração comercial de terminais de recarga automática de vale transporte e de consulta de saldo do sistema de bilhetagem eletrônica do Bilhete Único.* No entanto, o instrumento convocatório elaborado merece correção, a fim de se amoldar às diretrizes da legislação de regência e à jurisprudência desta Corte.

De início, impende consignar que o objeto se refere à concessão de uso, que não se confunde com o instituto previsto na Lei nº 8.987/95, que trata da concessão de serviço público.

Segundo lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[3]

---

[3] Direito Administrativo – 26ª Edição – 2013 - Fls. 759/760.

*"**Concessão de uso** é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme sua destinação.*
(...)
*Elemento fundamental na concessão de uso é o relativo à finalidade. Ficou expresso no seu conceito que o uso tem que ser feito de acordo com a **destinação do bem**. No caso de bens destinados à utilização privativa, o uso tem que atender a essa destinação; é o caso, por exemplo, de bens de uso especial, como os mercados e cemitérios, parcialmente afetados ao uso privativo, dos bens destinados à ocupação por concessionários de serviços públicos, e dos bens dominicais postos no comércio jurídico para fins de moradia, cultivo de terra, exploração agrícola ou industrial, reforma agrária".*

No caso, a CPTM pretende a concessão de espaço para a exploração comercial específica de terminais de bilhete único, inserindo-se, pois, na conceituação retromencionada.

2.2 Nesse sentido é que considero insubsistente a crítica direcionada à ausência de orçamento estimado e planilha de composição de custos, pois tais informações não se coadunam com a natureza do contrato de receita.

Aliás, de se consignar que o artigo 7º, da Lei Federal nº 8.666/93, citado na representação, se refere a licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços, o que não é o caso.

2.3 De igual forma, improcedente o apontado em relação à ausência de previsão de prazo para a amortização dos investimentos, bem como do pagamento de indenizações no caso de reversão dos bens.

Isto porque, como esclarecido pela Administração, o objeto não pressupõe altos investimentos, já que os custos com infraestrutura serão, em sua maioria, de responsabilidade da CPTM.

Nesse sentido são algumas das previsões editalícias:

Anexo I – Condições Gerais de Contratação:
(...)
2. Escopo

> *2.1. <u>A CPTM disponibilizará espaços e toda a infraestrutura necessária à instalação dos equipamentos,</u> no interior e exterior de suas estações, para uso da CONCESSIONÁRIA, objetivando a exploração comercial do objeto do contrato, conforme Croquis, disponibilizados em mídia eletrônica*.
>
> *<u>Minuta de Contrato</u>*
> *(...)*
> *10. Obrigações da CPTM*
> *(...)*
> *10.3. Disponibilizar à CONCESSIONÁRIA a infraestrutura para a instalação dos 604 (seiscentos e quatro) terminais.*
>
> *Instruções Técnicas*
> *5. Existem pontos previstos disponibilizados especificamente para a instalação dos equipamentos de recargas nas estações, e cada um desses pontos pode receber um ou mais espaços para a instalação dos equipamentos validadores de recarga, de forma que <u>a Concessionária vencedora da licitação deverá ocupar os atuais locais, aproveitando as instalações existentes</u> com as eventuais adequações que se fizerem necessárias, exceto as adequações no sistema de alimentação elétrica dos pontos de recarga, que ficará a cargo da CPTM.*

Ademais, não há que se falar em reversão dos bens, ou amortização de melhorias, eis que o próprio item 19.3 da minuta contratual prevê que *"ao término da concessão, as áreas deverão ser entregues limpas e totalmente desocupadas"*, o que equivale a dizer que os equipamentos deverão ser retirados ao final do ajuste.

2.4 Também inconsistente o apontado quanto à regularidade fiscal – ausência de imposição de regularidade para com tributos imobiliários –, eis que o edital não desborda do assente entendimento desta Corte, no sentido de que sua imposição deve guardar pertinência com o objeto posto em disputa.

2.5 Quanto à qualificação técnica das licitantes, devo destacar que o artigo 30 da Lei federal nº 8.666/93 não impõe, peremptoriamente, o que deve ser requerido nos editais de licitação, mas apenas circunscreve a atuação da Administração àqueles limites, cabendo a ela, no exercício de sua competência discricionária, eleger o que melhor se ajusta ao objeto licitado.

No caso em questão, a Administração estabeleceu, no item 8.3.1, a comprovação de qualificação técnico-operacional das licitantes, o que, no seu entender, atenderia a suas necessidades.

Concernente à ausência de qualificação técnico-profissional, considero oportuno transcrever trecho de decisão do e. Conselheiro CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA que, em 26-03-2012, indeferiu pedido de liminar de exame prévio de edital, nos mesmos termos do que ora se aprecia:

> *"Quanto à alegada ausência de exigência de qualificação técnico-profissional, não se pode considerar tal omissão flagrante ilegalidade, mesmo porque a prescrição do artigo 30 da Lei n. 8.666/93 é expresso ao indicar que a documentação "limitar-se-á" aos quesitos ali indicados.*
>
> *Por sinal, nos autos dos TC-35911/026/11 e TC-36103/026/11 já se havia decidido que*
>
> > *'A falta de fixação de regras para aferição da capacidade técnica profissional também não caracteriza qualquer irregularidade, tendo a Administração optado, no exercício do poder discricionário que lhe incumbe, por avaliar apenas a capacidade técnica operacional dos licitantes'".*

Por outro lado, a requisição de credenciamento das interessadas na SPTrans, adequadamente não foi inserida no edital , porquanto tal disposição já foi censurada por este Plenário em outras oportunidades, a exemplo do decidido nos autos do TC-35911/026/11, em sessão de 30-11-11[4].

2.6 Concernente à fixação de prazo mínimo para a comprovação da experiência requerida, assim constou do item 8.3.1:

> *8.3.1 Comprovação de aptidão da proponente para o desempenho de atividade pertinente e compatível, em características e prazos, com o objeto da licitação, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica em nome da proponente, individualmente, emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado.*
>
> *8.3.1.1 Para fins de comprovação das características e prazos a que se refere este subitem, o(s) atestado(s) deverá(ao) comprovar, por um período mínimo de 12 (doze) meses, a exploração comercial no ramo compatível ao objeto da presente licitação.*

[4] Relator e. Conselheiro RENATO MARTINS COSTA

Evidente, desta forma, que a Representante equivocou-se ao aduzir que referida imposição contrariaria o inciso I, do art. 30, da Lei de Licitações e Contratos, eis que referido dispositivo legal refere-se à vedação de quantidades mínimas ou prazos máximos, para fins de qualificação técnico-profissional, o que não é o caso.

Outrossim, como bem anotado por SDG, em outras oportunidades esta Corte já deliberou no sentido de que a exigência de comprovação de experiência anterior, na execução de serviços semelhantes, por um prazo mínimo "pertinente e compatível" com a atividade licitada, no caso, 12 (doze) meses, não contrariaria o regramento do artigo 30, II da Lei n. 8.666/93, da Lei federal nº 8.666/93.

Sobre a matéria, a decisão plenária de 05-06-13, nos autos do TC-852.989.13-6, Relator e. Conselheiro RENATO MARTINS COSTA:

> *"De fato, a limitação da experiência anterior de serviços semelhantes e executados em 12 (doze) meses está em consonância com a regra inciso II, do art. 30 da Lei n.º 8.666/93, não havendo qualquer contrariedade ao disposto § 5º, do art. 30 do mesmo diploma legal, tampouco ao enunciado n.º 24 da Súmula de jurisprudência deste Tribunal[5]."* (TC-852/989/13-6 – Tribunal Pleno de 05/06/2013).

2.7 Em relação ao item 12.1.1[6], ao contrário do alegado, não corresponde ele a automática desclassificação das licitantes. Senão vejamos.

De acordo com o procedimento contido no artigo 1º, da Lei estadual nº 13.121, de 07 de julho de 2008[7], haverá a desclassificação,

---

5 *No mesmo sentido: TC-042255/026/09 e TC-042477/026/09, E. Tribunal Pleno, sessão de 03/02/10, Exame Prévio de Edital, relator eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga; TC-036969/026/07, E. Tribunal Pleno, sessão de 01/02/12, Recurso Ordinário, relator eminente Conselheiro Robson Marinho; e TC-001506/026/07, E. Tribunal Pleno, sessão de 09/05/12, Recurso Ordinário, relator eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini.*

6 *"12.1.1 O envelope "B" (DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO) dos PROPONENTES cujas propostas foram classificadas nos três primeiros lugares será aberto, depois de decorrido o prazo legal de recurso quanto ao julgamento das propostas ou, ainda, após o julgamento de eventuais recursos interpostos, em sessão pública que se realizará em data a ser fixada e divulgada aos interessados por meio de publicação no Quadro de Avisos da CPTM e no Diário Oficial do Estado de São Paulo."*

7 Artigo 1º - O artigo 40 da Lei nº 6.544, de 22 de novembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: "Artigo 40 - A licitação poderá ser processada e julgada observadas as seguintes etapas consecutivas":

I - realização de sessão pública em dia, hora e local designados para recebimento dos envelopes contendo as propostas e os documentos relativos à habilitação, bem como da declaração dando ciência de que o licitante cumpre plenamente os requisitos de habilitação;

II - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes;

com a respectiva devolução dos envelopes de habilitação, dos concorrentes dos quais as propostas tenham sido julgadas *"desconformes ou incompatíveis"*.

A seguir, todas as licitantes serão consideradas classificadas, passando-se à *"abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes cujas propostas tenham sido classificadas até os 3 (três) primeiros lugares"* ou *"de tantos concorrentes classificados quantos forem os inabilitados"*.

2.9 Mesma sorte, contudo, não empresto à carência de informações para elaboração das propostas.

O instrumento convocatório não apresentou informações acerca da base utilizada para o cálculo da remuneração mensal mínima contida no subitem 7.6.1.a[8], limitando-se a estabelecer as estações englobadas no lote e respectivos números de terminais.

A CPTM apresentou a *"justificativa determinante/valor de referência",* que seria parte integrante dos autos da licitação, utilizada para a composição do valor estimado, bem como o Termo de Credenciamento do Regulamento nº 003/2013 da SPTrans, que estabelece os percentuais de remuneração de cada produto (vale comum, vale estudantil, etc).

Impende consignar, todavia, que tais dados não constaram do instrumento convocatório, embora devessem.

III - verificação da conformidade e compatibilidade de cada proposta com os requisitos e as especificações do edital ou convite e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou os fixados pela Administração ou pelo órgão oficial competente ou, ainda, com os preços constantes do sistema de registro de preços, quando houver, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

IV - julgamento e classificação das propostas, de acordo com os critérios de avaliação do ato convocatório;

V - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes desclassificados, com a respectiva documentação de habilitação, desde que não tenha havido recurso ou após a sua denegação;

VI - abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes cujas propostas tenham sido classificadas até os 3 (três) primeiros lugares;

VII - deliberação da Comissão de Licitação sobre a habilitação dos 3 (três) primeiros classificados;

VIII - se for o caso, abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação de tantos concorrentes classificados quantos forem os inabilitados no julgamento previsto no inciso VII deste artigo;

IX - deliberação final da autoridade competente quanto à homologação do procedimento licitatório e adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor, no prazo de 10 (dez) dias úteis após o julgamento.

[8] *7.6.1. Valor proposto da remuneração mensal e total, expresso em reais (R$), em números e por extenso, com no máximo duas casas decimais;*

a) A remuneração mensal mínima admitida pela CPTM, a ser ofertada pelas proponentes é de R$ 293.254,08 (duzentos e noventa e três mil duzentos e cinquenta e quatro reais e oito centavos), base março/2014.

Por outro lado, somente eles não supririam a ausência de informações necessárias para a elaboração da proposta. Isto porque, o preço a ser ofertado pelas interessadas decorre da conjunção de diversos fatores, dentre os quais, o que considero o mais relevante: a estimativa de receita pela futura concessionária.

Nesse sentido, bem destacou a Procuradoria da Fazenda do Estado que *"não foi esclarecido, e nem se encontra no edital em apreço, estimativa acerca do número de vales vendidos nos pontos objeto da concessão de uso em preço, que possibilite a avaliação do negócio pelas licitantes, em especial da receita potencial, que influirá diretamente na formulação da proposta"*.

Assim é que, para avaliar o negócio, além de conhecer os custos que terá que suportar (funcionários, manutenção, equipamentos), também deve a interessada dispor de dados acerca da estimativa de ganhos, de forma a apresentar uma proposta viável, dentro de seu ponto de equilíbrio econômico,

Desta forma, além dos percentuais contidos no Regulamento nº 003/2013 da SPTrans, deve, ainda, ser divulgado a estimativa acerca do número de vales vendidos e dos quais advirão os lucros da futura concessionária.

2.10 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero **parcialmente procedentes** as impugnações, determinando que a Administração, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente para disponibilizar as informações atinentes ao número estimado de venda dos diversos produtos a serem comercializados (vale comum, vale estudantil, venda pré-paga), bem como dos percentuais estabelecidos para sua remuneração de acordo com o Regulamento da SPTrans.

Deve também promover cuidadosa e ampla revisão de todos os demais itens do ato convocatório relacionados.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

Sala das Sessões, 03 de setembro de 2014.

JOSUÉ ROMERO
SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO